Die römisch-rechtliche Novation und die Schuldumwandlung nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Bernhard Ahlers
aus Münster i. Westf.

Approbiert am 3. März 1931

Buchdruckerei Ludwig Krick, Münster i. W., Bispinghof 12a
1931

91:191

Die römisch-rechtliche Novation und die Schuldumwandlung nach dem B. G. B.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Bernhard Ahlers
aus Münster i. Westf.

Approbiert am 3. März 1931

Buchdruckerei Ludwig Krick, Münster i. W., Bispinghof 12a
1931

Referent: Geheimer Rat Prof. Dr. Dr. Bernhard Kübler
Dekan: Prof. Dr. Max Wenzel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

1. Teil. Die Novation im römischen Recht. 1

§ 1. Begriff und Wesen der Novation. 1

§ 2. Die Erfordernisse der Novation. 6

§ 3. Die Novationswirkung im allgemeinen und ihre Abweichung von ähnlichen römischen Novationen. 11

§ 4. Die Konsumtionswirkung der Novation im besonderen 12

§ 5. Arten der Novation. 15

1. Die Novation ohne Personenwechsel. 15

2. Die Novation mit Personenwechsel. 16

3. Die bedingte Novation. 18

2. Teil. Die Schuldumwandlung nach dem B. G. B. 23

§ 6. Die Stellung der Motive zum „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches“ zur Frage der Novation. 23

§ 7. Die Schuldumwandlung ohne Personenwechsel. 24

1. Die Abänderung des Inhaltes von Verträgen. 24

2. Der Erlaßvertrag. 25

3. Die Umwandlung einer Naturalschuld in eine klagbare Schuld 26

4. Novation und abstrakte Verträge. 27

a) Der Fall des § 364, Abs. 2 B. G. B. 29

b) Der Fall des § 607, Abs. 2 B. G. B. 31

c) Der Fall der §§ 780, 781 B. G. B. 33

d) Die Abrechnung. 34

§ 8. Die Novation mit Personenwechsel. 36

1. Die Novation mit Wechsel der Gläubigerseite. 36

2. Die Novation mit Personenwechsel auf der Schuldnerseite. 37

Schluß 39

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543504_0019

Literatur-Verzeichnis.

Arndts: Lehrb. d. Pand., 12. Aufl., 1883.

Baron: Pandekten, 4. Aufl. 1882.

Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl., Leipzig 1894.

Blume, v.: Novation, Delegation und Schuldübertragung, Göttingen 1895.

Brinz: Lehrb. d. Pand., 8. Aufl., Erlangen 1879.

Clausen: Ein Beitr. z. Erläuterung der §§ 364, Abs. 2 und 607, Abs. 2 B. G. B. unter Berücksichtigung der Novationslehre, Erlangen 1908.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Dernburg: Das Bürgerl. Recht d. Deutschen Reiches, und Preußens, Halle 1899, 1. und 2. Aufl.

Ders.: Lehrb. d. Pand., 4. Aufl. 1894.

Donellus: Opera omnia commentariorum de iure civile Florentiae 1842.

Endemann: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, 3. Aufl. 1908, 1924.

Ders.: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889.

Fein: Beitr. z. Lehre v. d. Novation, Jena 1850.

Fischer: Das Problem der Identität und der Neuheit in der Festgabe für Jhering, Breslau 1892.

Fischer-Henle: Das Bürgerl. Gesetzbuch 1904.

Förster: Preuß. Privatrecht, 5. Aufl., 1892.

Gide: Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain, Paris 1879.

Gneist: Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts im Vergleich mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts.

Grotefend: Ein Beitrag zur Geschichte der Novation, besonders zum Verständnis der 1. 8 C. de novationibus in der Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozeß, n. F., Bd. XII, 1855.

Hruza: Zur Lehre v. d. Novation nach österreichischem und gemeinem Recht, Erlangen 1881.

Kaden: Ein Beitrag zur Lehre der bedingten Novation in Zeitschr. f. Savigny-Stiftung, Roman. Abtlg., Bd. 44.

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte 1885.

Keller: Pandekten, 1865.

Klemperer: Bürgerl. Gesetzbuch, § 607, Abs. 2 in Gruch. Beitr. zur Erl. d. deutsch. Rechts, Bd. 43.

Klingmüller: Der Begriff der Rechtsgründe in Studien zur Erl. d. Bürgerl. Rechts, Breslau 1901, Heft 6.

Kniep: Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation, Wißmar und Ludwigslust 1860.

Kuhlenbeck: Das Bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich, Bd. I, 2. Aufl., 1903.

Ders.: Von den Pandekten zum B. G. B., 2. Teil 1899.

Koschaker: Abhandlung zur antiken Rechtsgeschichte, Festschr. f. Hanausek, Graz 1925.

Kübler: Besprechung der Abhandlung zur antiken Rechtsgeschichte, Festschr. f. Hanausek in Zeitschr. f. Savigny Stiftung, Roman. Abtlg. Bd. 46.

Kuntze: Obligation und Singularsukzession des römischen und deutschen Rechts, Leipzig 1850.

Liebe: Die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840.

Matthiaß: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Berlin 1899.

Merkel: Der römisch-rechtliche Begriff der Novation und dessen Anwendbarkeit im heutigen gemeinen Recht, Diss. Straßburg 1892.

Motive Zum Entw. eines Bürgerl. Gesetzbuches.

Oertmann: Komm. z. B. G. B., Recht d. Schuldverhältnisse, Bd. II, Berlin 1928.

Planck: Komm. z. B. G. B. Bd. II, Berlin 1914.

Pringsheim: Eigentumsübertragung beim Kauf in Zeitschrift für Savigny-Stiftung, Bd. 50, 1930. Roman. Abtlg.

Puchta: Pandekten, 12. Aufl. 1877.

Redlich: Zur Lehre von der Schuldaufhebung durch Novation, Diss. Breslau 1893.

Regelsberger: Die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäftes im Archiv f. Ziv. Prax., Bd. 47.

Rießler: Gutachten für den 18. Deutschen Juristentag in Seuff. Arch., Bd. 24.

Römer: Die bedingte Novation nach römischem und gemeinem Recht, Tübingen 1863.

Rümelin, M.: Zur Lehre von dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des B. G. B. im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 97.

Salkowsky: Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht, Leipzig 1866.

v. Salpius: Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin 1864.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, 2. Aufl., 1868.

Stammler: Studien z. B. G. B. 1897.

Staub: Komm. z. H. G. B., 11. und 12. Aufl., Berlin, Leipzig 1926.

Strohal: Schuldübernahme in Jherings Jahrb., Bd. 57, 1910.

Ders.: Schuldpflicht und Haftung in Festgabe für Binding 1913.

Thöl: Das Handelsrecht in Verbindung mit dem Allgem. Handelsgesetzbuch, IV. Aufl., Göttingen, 1862.

Unger: Ueber Realverträge in Jherings Jahrb., Bd. VIII.

Unterholzner: Lehre d. römischen Rechts, bei den Schuldverhältnissen, 1840.

Vangerow: Lehrb. d. Pand., Bd. III, 7. Aufl., Marburg 1876.

Warneyer: Komm. z. Bürgerl. Gesetzb., Aufl. 1928.

Welsch: Die Novation unter besonderer Berücksichtigung des modernen deutschen Zivilrechts, Diss. Erlangen 1907.

Windscheid-Kipp: Lehrb. d. Pand., Bd. II, 8. Aufl., 1900.

Witte: Rezension des Werkes v. Salpius bei Pölz 8.

Erster Teil.

Die Novation im römischen Recht.

§ 1.

Begriff und Wesen der Novation.

Im älteren römischen Recht, das durch einen strengen Formalismus beherrscht wurde, war eine Abänderung von Obligationen durch bloße Vereinbarung der Parteien unmöglich. [1]) Im späteren Rechte gab es eine gewisse Ausnahme durch die pacta adiecta bei den negotia bonae fidei. Allerdings wurden diese pacta adiecta erst nach und nach im römischen Recht anerkannt. Im allgemeinen wurde also eine Abänderung formloser Verträge auch im späteren römischen Rechte abgelehnt. Sicherlich hat aber damals schon ein Bedürfnis bestanden, Schuldverhältnisse sowohl hinsichtlich ihres Inhaltes, als hinsichtlich ihrer Person zu ändern. Um dies zu erreichen, (da es ja streng genommen, verboten war, denn „obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura"), [2]) zerrissen die Römer durch die Novation das nichtlösbare Band, das sich durch das Schuldverhältnis zwischen den ursprünglichen Parteien geschlungen hatte.

Was nun unter Novation zu verstehen ist, sagt Ulpian [3]) mit den Worten: „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur, novatio enim a novo nomen accipit et a nova obligatione." Dieser genauen Definition von Ulpian wäre noch die Beschreibung des Gaius [4]) von der Novation gegenüber zu stellen. Er sagt: „praeterea novatione tollitur obligatio, veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim: nam interventu novae personae nova nascitur

---

[1]) Auf den Literalkontrakt als echte Novation wird im Hauptteil der Arbeit noch besonders Bezug genommen.

[2]) Vgl. J. III, 13.

[3]) I. 1 pr. D. de novationibus et delegationibus 46, 2.

[4]) Gai. III. § 176.

obligatio et prima tollitur translata in posteriorem.“ Aus beiden angeführten Stellen geht hervor, daß bei der Novation von einer transfusio und translatio der Prior-obligatio die Rede ist. Ebenso geht aus den zitierten Stellen hervor, daß durch die Novation die alte Schuld getilgt, und eine andere an ihre Stelle gesetzt wird. Es sind somit durch die Novation als uno actu zwei Wirkungen gegeben. eine transfusio atque translatio der prior obligatio und eine gleichzeitig hierdurch bedingte Aufhebung der prior obligatio. Doch ist hierzu zu bemerken, daß nicht, wie Gaius sagt, die prima obligatio transferiert wird, sondern nur, wie Ulpian sich richtig ausdrückt, das prius debitum als transferendum anzusehen ist. Denn nach Gaius erlischt ja die alte Obligation, — prima tollitur, translata in posteriorem heißt es dann weiter; was aber erloschen ist, kann nicht mehr transferiert werden. Es wird nur das prius debitum übertragen, was auch Salkowski [5]) mit den Worten sagt: „Das id quod ex priore obligatione debetur.“ Unter dem prius debitum wird der materielle Inhalt, der juristisch ökonomische Inhalt der prior obligatio, also die Leistung, zu der der Schuldner in dem bisherigen Schuldverhältnisse verpflichtet war, verstanden. War also der Schuldner in der bisherigen Obligation zu einem dare, einem zivilrechtlichen Verschaffen des Eigentums oder einer Servitut, z. B. an einem bestimmten Servus verpflichtet, oder ging seine Verpflichtung auf ein facere z. B. epistulam scribi, so bildete das „prius debitum“ nicht nur das Schreiben dieses Briefes, oder das dare dieses Sklaven, sondern auch das Interesse, das der Gläubiger an der Leistung am „epistulam scribi“ hatte. Dieses „prius debitum“ wird also in die neue Obligation übertragen und nicht das ursprüngliche Schuldverhältnis als solches.[6]) Es steht hiermit fest, daß es sich bei der Novation um die Aufhebung einer Schuld durch die Begründung eines neuen, auf dasselbe Objekt gerichteten Schuldverhältnisses handelt, die sich durch einen einzigen Akt vollzieht.

Dies wird in der Literatur im allgemeinen anerkannt.[7]) Strittig ist nur, auf welche Weise sich diese Umwandlung voll-

---

[5]) a. a. O., S. 37.

[6]) Sintenis, Zivilrecht, Bd. II, § 105.

[7]) Abzulehnen ist die Ansicht von Salpius, a. a. O., S. 213, der in der Novation zwei unabhängige Bestandteile, einen obligatorischen und einen liberatorischen Vertrag erblickt. So sagt er wörtlich: „Die Novation besteht aus zwei Verträgen, Agnition und Liberation.“

zieht. Es gibt hierüber zwei Theorien, die nach Hruza [8]) die Substitutions- und die Translationstheorie genannt werden. Bei der ersteren ist das Hauptgewicht darauf gelegt, daß eine „nova obligatio ita constituatur, ut prior perematur." Auf den Untergang der alten Forderung und auf die Konstituierung der neuen Forderung wird hier also der größte Nachdruck gelegt. Bei der letzteren dagegen rückt die transfusio atque translatio mehr in den Vordergrund. Es wird der Umformung der früheren Forderung in eine neue bei dieser Theorie mehr Beachtung geschenkt. Windscheid, [9]) — durch seine Definition „Novation ist Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen" — bekennt sich als Anhänger der ersteren Theorie. Ebenso Puchta, [10]) der unter der Novation Tilgung einer Obligation durch Konstituierung einer neuen versteht. Weitere Anhänger der Substitutionstheorie sind Arndts, [11]) Sintenis [12]) und Vangerow. [13]) Als Gegner dieser Theorie wäre Dernburg [14]) zu nennen. Nach ihm ist Novation „Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer auf dasselbe Ziel gerichteten." Nach ihm unterscheiden sich die alte und die neue Obligation nur in ihrer Erscheinungsform. Er steht somit der Lehre Windscheids gegenüber, bei dem die neue Obligation auch der Substanz nach eine andere ist. Auf dem Boden dieser Translationstheorie steht ebenfalls Keller, [15]) der die Novation als Umformung einer Obligation ansieht. Ebenso sieht Kuntze [16]) in das neue Forderungsrecht die causa des alten übernommen. Als weitere Anhänger dieser Theorie wären zu nennen: Baron, [17]) Brinz, [18]) Karlowa, [19])

---

[8]) Hruza, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht, S. 7.

[9]) Windscheid, Pand. § 353.

[10]) v. Puchta, Pand. § 291, S. 447.

[11]) Arndt, Pand. § 268, S. 523.

[12]) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, S. 452.

[13]) Vangerow, Bd. III, § 619, S. 371.

[14]) Dernburg, Pand. § 59.

[15]) Keller, Pand. § 171.

[16]) Kuntze, Die Obligation und die Singularsukzession römischen und heutigen Rechts, S. 241.

[17]) Baron, Pand., 4. Aufl., § 266.

[18]) Brinz, Pand., § 282.

[19]) Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 234 ff.

Römer,[20]) Salkowski,[21]) und Salpius.[22]) Obschon Gide[23]) in seiner Definition von der Novation das Wort substituer gebraucht, so steht er auf Seiten der Translationstheorie. Dies kommt bei ihm zum Ausdruck auf Seite 117 a. a. O., wo er spricht von einer „Transformation d'une obligation préexistante."

Dieser Translationstheorie ist auch der Vorzug zu geben. Denn schon die Legaldefinition des Ulpian spricht ausdrücklich von einer translatio atque transfusio eines prius debitum. Auch vom wirtschaftlichen Standpunkte aus betrachtet, muß man zugeben, daß es sich um eine Umwandlung handelt. Der Schuldner soll nicht frei werden, denn bei der neuen Obligation handelt es sich lediglich um eine Fortsetzung des einmal begründeten Kreditverhältnisses. Der materielle Inhalt der bisherigen Obligation wird zum Inhalt einer anderen Obligation. Der Schuldner soll also seine bereits begründete Schuld nur durch Eingehung einer anderen Obligation ablösen. Wirtschaftlich wird er von seiner alten Schuld nicht derart frei, daß sein Vermögen durch Wegfall dieses Passivums größer wird. Juristisch dagegen, worauf es hier allein ankommt, ist die alte Schuld durch die Begründung der neuen Schuld vollständig getilgt und von der alten nach Inhalt und Form verschieden.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß nicht jede Obligation durch eine bestehende Obligation aufgelöst wird und eine neue an ihre Stelle tritt. Es muß vielmehr eine Obligation sein, die einerseits in sich selbst die causa für eine Verpflichtung enthält, d. h. sie muß die Fähigkeit haben, jeden beliebigen Inhalt in sich aufzunehmen, andererseits aber muß das debitum der alten Schuld in ihr enthalten sein. Sie bildet also bloß eine neue Form für die bestehende Schuld. Da somit alle materiell-individualisierten Verträge vermöge ihrer eigenen spezifischen causa hierfür ausgeschlossen sind, bleiben zum Novieren als einzige taug-

---

[20]) Römer, Die bedingte Novation nach römischem und gemeinem Recht, S. 437, 79 ff.

[21]) Salkowski, Zur Lehre v. d. Novation nach römischem Recht, S. 79 ff.

[22]) Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, S. 159.

[23]) Gide, Etudes sur la novation et le transport des créances en droit Romain, S. 3. Ce que nous appelons novation aujourd'hui, c'est tout espèce de convention par laquelle on eteint une ancienne dette en lui „substituant" une dette nouvelle.

liche Obligation die Formalkontrakte übrig.[24]) Eben diese Formalkontrakte sind von ihrer materiellen causa derart losgelöst, daß sie einen selbständigen Verpflichtungsgrund bilden, der durch ihr bloßes Dasein gegeben ist. Es sind dies die Literal- und Verbalkontrakte, die die Fähigkeit haben, ein bestehendes debitum in sich aufzunehmen. So hält Salkowski[25]) eine Novation durch die Literalkontrakte wohl für möglich, obschon sie nach seinen eigenen Worten „doch in vielen Beziehungen ganz eigentümlich geartet sind.“[26]) Dennoch wurde in der vorjustinianischen Zeit der Literalkontrakt zur Novation verwendet. Der Literalkontrakt diente ausschließlich der Umwandlung einer Buchschuld. Die Verwandlung konnte dienen 1. dem Personenwechsel (transscriptio a persona in personam) oder 2. nur dem Wechsel des Schuldgrundes (transscriptio a re in personam), wie bei der Stipulation. So sagt auch Gaius III § 128: Literis obligatio fit veluti nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. § 129: A re in personam transscriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis, mihi debeas, id expensum tibi tulero. § 130: A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

Aus den angeführten Stellen geht klar hervor, daß die Novation durch acceptilatio und expensilatio erfolgen konnte. Doch muß gesagt werden, daß in der späteren Entwicklung des römischen Rechts der Literalkontrakt außer Gebrauch kam. Es blieben also nur die Verbalkontrakte, und somit die Stipulation als Novationsform übrig, die auch, nach den Quellenstellen zu urteilen, immer zum Zwecke der Novation angewandt worden sind. Die Bedeutung der Stipulation liegt darin, daß sie fähig ist, jeden Inhalt, also auch das debitum einer Obligation in sich aufzunehmen.

---

[24]) Vgl. Salkowski, a. a. O., S. 89 ff. Kuntze, a. a. O., S. 134. Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts im Vergleich mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts, S. 148.

[25]) Salkowski, a. a. O., S. 95.

[26]) Hier wäre zu erwähnen, daß v. Salpius „a. a. O., S. 147 anderer Meinung ist, indem er die Vorstellung von einer Novation per litteras jetzt als eine völlig unbeglaubigte Hypothese bezeichnet.“

§ 2.

Die Erfordernisse der Novation.

Ausgehend von der anfangs erwähnten Legaldefinition Ulpians sind die Erfordernisse der Novation

1. Das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses, das durch die Novation aufgehoben werden soll.
2. Die Entstehung eines neuen Schuldverhältnisses, durch das die Aufhebung der alten Obligation bewirkt werden soll.
3. Der animus novandi, d. h. der Wille der Vertragsparteien muß auf den Eintritt der Novationswirkung gerichtet sein.

Zu 1. Fest steht ohne weiteres, daß irgend ein Schuldverhältnis bestehen muß, damit es durch die Novation getilgt wird. In Frage steht nur, wie dies Schuldverhältnis beschaffen sein muß. Hierüber gibt uns die Digestenstelle I. 1 § 1 D. 46, 2 de novat. et de delegat. Auskunft. Es heißt hier:

> „Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoratia et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae processit, novari verbis potest."

Aus dieser Stelle geht hervor, daß die Beschaffenheit des Forderungsrechtes gleichgültig ist. Ob es sich hierbei um eine klagbare Schuld, oder nur um eine natürliche Verbindlichkeit handelt, ist bedeutungslos. Von Wichtigkeit ist nur, daß irgend eine prior obligatio vorhanden ist. Zu erwähnen wäre noch, was Dernburg [27]) hervorhebt, m. E. aber selbstverständlich ist, daß nur einseitige Ansprüche novierbar sind. Nicht etwa kann ein Kaufvertrag als solcher noviert werden, da in ihm zwei Obligationen enthalten sind, wohl aber die beiden sich aus ihm ergebenden Ansprüche.

Zu 2. Die zweite Voraussetzung der Novation ist, daß eine Nova obligatio zustande kommt, mag diese civilis oder naturalis sein. Denn in der Fortsetzung der oben zitierten Stelle heißt es:

> „ . . . dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit."

Desgleichen steht einer Novation nichts im Wege, wenn auch das bestehende Forderungsrecht durch Einreden entkräftbar ist.

---

[27]) Dernburg, Pand. § 60, S. 167.

Doch muß die zweite Obligation eben dadurch, daß sie das debitum der früheren Obligation in sich aufnimmt, mit der ersten durch ein gewisses gemeinsames Band verbunden sein.[28]) Von einigen Juristen wird nun dieses so sehr auf die Spitze getrieben, (was m. E. zu weit geht), daß eine völlige Identität des Objektes der prior obligatio und nova obligatio gefordert wird. So sagt Liebe:[29]) „Nach der Novation muß dasselbe Objekt aus einem anderen Grunde geschuldet werden, nicht nur eine gleiche Summe oder dieselbe species, sondern genau dasselbe Objekt. Dieselbe Ansicht vertritt Salkowski:[30]) „Die Identität des Gegenstandes in der posterior und praecedens obligatio ist ein aus dem Begriff der Novation sich von selbst ergebendes Erfordernis. Eben dasselbe Erfordernis der gleichen Identität des Objekts behauptet v. Salpius.[31]) Diese Ansicht wird von ihm, ungeachtet dessen, daß ja in der neuen Obligation irgend ein aliud novi enthalten sein muß, vertreten. Denn ist der vorhergehende Vertrag keine Stipulation, so liegt etwas Neues schon in der Stipulationsform.[32]) Ist die prior obligatio aber ebenfalls eine Stipulation, so wird die neue sicher doch in irgend einem Punkte von der alten abweichen, und wäre es nur dadurch, daß in dem Augenblick, in dem die eine untergeht, die andere entsteht, und somit die Rechte, die in der neuen Obligation entstanden sind, in einem späteren Zeitpunkt entstanden sind, als die der untergegangenen und sich z. B. die Verjährung von der alten unterscheidet. Dieses strenge Erfordernis der gleichen Identität des Objekts in den beiden Obligationen will Vangerow[33]) nur für das ältere römische Recht gelten lassen. So vertritt er die Ansicht, daß zur Zeit des justinianischen Rechtes das Objekt der nova obligatio von dem der prior obligatio ein anders geartetes sein kann, ohne daß dadurch der Novationscharakter verloren gehen würde. Noch weiter geht Windscheid[34]) mit seiner Behauptung, daß die nova obligatio nicht nur in der Form, sondern auch in der Substanz eine andere sei. Er sagt, wenn auch die nova obligatio von der alten nach Inhalt der

---

[28]) Etwas ist hierüber schon beim Wesen der Novation gesagt worden.
[29]) Liebe, a. a. O., S. 158.
[30]) Salkowski, a. a. O., S. 79.
[31]) v. Salpius, a. a. O., S. 159.
[32]) Windscheid, Pand. S. 353.
[33]) Vangerow, Pand. III, § 619, S. 371.
[34]) Windscheid, Pand. § 353, S. 468.

Leistung von der Person des Schuldners oder des Gläubigers durch andere Nebenbestimmungen, ja selbst durch nichts anderes, als eben durch die Neubegründung von der alten obligatio verschieden sei, sie doch nicht mit dieser identisch sei. Fischer [35]) dagegen spricht dieser Untersuchung von der Identität des Objekts für die Novation keinerlei Bedeutung zu. Er sagt: „Die Römer hatten ein festes Kriterium der ordentlichen Novation und der Stipulation. — Keine Novation ohne Stipulation.“ — Eben die Stipulation allein ist maßgebend. War sie gültig zustande gekommen, so war die neue Obligation entstanden. Wenn diese nun als eine Novation gelten sollte, so war nicht die Identität des Objektes der neuen mit der alten Obligation maßgebend, sondern nur der Wille der Parteien. Hatten diese den animus novandi, so kam die Novation zustande. Doch darf dies m. E. nicht so aufgefaßt werden, daß nun gar ein ganz anderes Objekt versprochen werden konnte, als das ursprüngliche. So wurde im älteren römischen Recht, wie einer Aeußerung Ulpians 1. 4. D 46. 2 uns zeigt, streng an das idem debitum bei der Novation festgehalten. In der oben von Ulpian zitierten Stelle, hatte ein Gläubiger, der einen ususfructus zu fordern hatte, diesen ususfructus einem Dritten delegiert. Hier soll nach der Entscheidung Ulpians die alte Obligation nicht durch Novation erlöschen. Als Grund gibt er an, daß der von dem einen ausgeübte ususfructus nicht ebenso beschaffen sei, wie der von dem anderen ausgeübte ususfructus; er also nicht die gleiche Schuld ist wie vordem. Doch wurde in späterer Zeit mit dem Wegfall des Formalismus dies nicht mehr so genau genommen. Es konnte nunmehr statt des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes auch seine aestimatio mit novatorischer Wirkung stipuliert werden. Der Grund ist darin zu erblicken, daß man in Anbetracht der früher allein möglichen Geldkondemnation immer noch die Aestimation der Sache gleich erachtete. Daß im späteren Rechte am Prinzip des idem debitum festgehalten werden muß, sagt auch Merkel, [36]) indem er anführt, daß im Corpus iuris scheinbar sich keine Stelle findet, wo in der Novationsstipulation ein ganz anderes Objekt versprochen wurde, als das

[35]) Fischer, Das Problem der Identität und der Neuzeit in der Festgabe z. Doktorjubiläum Jherings S. 29, 31.

[36]) Zu verwerfen sind die Definitionen von Windscheid, Pand. § 353. Arndts, § 268. Sintenis, § 105. Vangerow, § 619, die in der Novation Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen sehen.

ursprünglich geschuldete. Wie könnte man auch von einer transfusio adque translatio prioris debiti in aliam obligationem reden, wenn das neue debitum ein ganz anderes ist, als das zuerst geschuldete. Hieran muß festgehalten werden, wenn auch im justinianischen Rechte dem animus novandi bei der Novation eine überragende Machtstellung zukam. Novation ist, wie schon eingangs erwähnt, Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer neuen auf dasselbe Objekt gerichtete.

Zu 3. Als letztes Erfordernis der Novation wäre der animus novandi zu nennen, d. h. die Absicht der Parteien, daß durch die neu zu entstehende Obligation die ursprüngliche aufgehoben werden soll. Von den Streitfragen in der Literatur über den animus novandi seien hier nur zwei und zwar die wichtigsten behandelt. Es ist dies einmal die Frage, ob im älteren römischen Recht das Erfordernis des animus novandi zwingend notwendig war, zweitens, ob als durch Justinian die Präsumtion des animus novandi aufgehoben wurde, zu dieser Zeit noch eine novatio tacita möglich war. Daß der animus novandi von Bedeutung für die Novation ist, wird in der Literatur allgemein anerkannt. Dennoch verneinen mehrere Schriftsteller,[37]) indem sie den Stipulationscharakter der Novation in den Vordergrund rücken, daß, ausgenommen für das ältere römische Recht, die Parteien bei der Novation ausdrücklich den animus novandi hatten. So sagt v. Salpius:[38]) „Die Novation war in ihrer alten Gestalt ein tilgender Formalakt, d. h. daß der liberatorische Effekt derselben auf einer nach gewissen Gesetzen konstruierten äußerlichen Gestalt der Stipulationsformel beruhte, ohne daß es dazu neben der Stipulation eines auf die Liberation besonders gerichteten Partei-Willens bedurfte.“ Nach seiner Ansicht liegt immer, wenn zu jener Zeit ein Schuldverhältnis durch Stipulation aufgehoben wurde, eine Novation vor, da die Novation zu jener Zeit lediglich auf der Fassung der Stipulationsformel beruht habe. Die Novationswirkung lag also in dem Gebrauch der bestimmten Stipulationsformel. Allerdings gibt er für die spätere Zeit mit dem Wegfall der genauen Formulierung zu, daß nun der animus novandi ein unbedingtes Erfordernis der Novation sei. Doch treten diesen Ausführungen von v. Salpius

---

[37]) v. Salpius, Merkel.

[38]) v. Salpius, a. a. O., S. 187.

Witte,[39]) Windscheid[40]) und Salkowski[41]) aufs heftigste gegenüber, indem sie in ihren Werken auch in der älteren Zeit für die Novation das Erfordernis des animus novandi beanspruchen. Doch bildete in der älteren Zeit die Novation einen reinen Formalakt, der mit objektiver Rechtsnotwendigkeit eine die alte Forderung konsumierende Wirkung erzeugte. Da somit die konsumierende Kraft schon in der Novationsstipulation lag, ergibt sich die wichtige Folgerung, daß bei Gebrauch der Formel keine besondere Absicht der Parteien notwendig war, die Novationswirkung hervorzubringen. Das Erfordernis eines animus novandi würde dem formalistischen Geist jener Zeit widersprochen haben. Als Beweis möge noch herangezogen werden, daß Gaius in seinen Institutionen III 176 — das Erfordernis des animus novandi nicht erwähnt. Man streitet nun darüber, ob Gaius die Erwähnung vergessen hätte, oder er es für selbstverständlich gehalten hätte, oder ob Gaius den animus novandi gar nicht forderte. Doch wäre der animus novandi zu jener Zeit erforderlich gewesen und wären die Präsumtion für den animus novandi zur Zeit des Gaius kontrovers gewesen, so wäre die Uebergehung von Gaius nicht erklärlich.[42]) Man muß also den Schluß ziehen, daß für die ältere Zeit der animus novandi nicht erforderlich gewesen ist.[43]) Doch gingen diese Präsumptionen zu Gunsten der Novation schließlich soweit, daß, wenn die Parteien nicht ausdrücklich vereinbarten, daß das Geschäft ohne Novation abgeschlossen werden sollte, stets Novationsabsicht der Parteien angenommen wurde. Die Präsumtion fand also überall Anwendung, sogar wenn es offensichtlich dem Zwecke des Vertrages zuwiderlief. Natürlich entstanden dadurch so zahlreiche Verwirrungen, daß schließlich Justinian eingriff und anordnete, daß der animus novandi nicht mehr präsumiert werden dürfte, sondern allein der Wille der Parteien maßgebend sein sollte. Doch da aus seiner Anordnung nicht hervorging, wie sich die Parteien zu äußern hatten, um ihren Novationswillen kundzutun, so entstanden hierüber wieder Kontroversen. Die einen verlangen eine ausdrückliche Erklärung, andere wieder

---

[39]) Witte, Rezension des Werkes v. Salpius bei Pölz 8.
[40]) Windscheid, a. a. O., Pand. § 354.
[41]) Salkowski, a. a. O., S. 160 und 230.
[42]) v. Salpius, a. a. O., S. 189.
[43]) Dagegen Windscheid, a. a. O., S. 447. Brinz, a. a. O., Pand. § 282.

sagen, daß es genüge, wenn aus konkludenten Handlungen der Parteien die Novationsabsicht zutage trete. Verfasser möchte sich der von vielen Juristen [44]) vertretenen Meinung anschließen, daß eine ausdrückliche Erklärung des animus novandi nicht erforderlich sei, sondern es genügt, wenn er aus den konkludenten Handlungen zu ersehen ist. Wenn auch Justinian in seiner Konstitution das Wort exprimere, um das sich der ganze Streit dreht, gebraucht, so geht daraus nicht hervor, daß eine wörtliche Erklärung der Parteien gefordert wird; ein Erklären schlechthin, sei es ausdrücklich, sei es auf andere Weise durch konkludente Handlung, genügt. Justinian wollte, daß durch seine Konstitution die novatio praesumpta und nicht auch die novatio tacita aufgehoben werden sollte.

§ 3.

Die Novationswirkung im allgemeinen und ihre Abweichung von ähnlichen römischen Obligationen.

Bei der Novation treten, wie eingangs erwähnt, klar zwei Hauptwirkungen zutage. Auf der einen Seite wird eine Schuld aufgehoben, auf der anderen Seite dagegen eine neue Schuld begründet. Hinsichtlich ihrer Liberationswirkung hat sie daher Aehnlichkeit mit der solutio, acceptilatio und litiscontestatio. So wird durch die solutio ebenfalls eine ursprüngliche Forderung zerstört. Doch handelt es sich bei der solutio um eine Erfüllung, wogegen die Novation ein formeller Liberationsakt ist.

Wenn sie auch in dieser Hinsicht eine gewisse Aehnlichkeit mit der litiscontestatio hat, so ist sie jedoch wieder sehr von ihr verschieden. Bei der litiscontestatio handelt es sich um einen Zwang, denn hier tritt die Konsumtionswirkung auch gegen den Willen der Gläubiger ein, während bei der Novation sich diese freiwillig und nur mit Willen der Gläubiger vollzieht.

Weiter ergeben sich Berührungspunkte zwischen der Novation und der acceptilatio, da beide stets eine Zufriedenstellung

---

[44]) Fein, a. a. O., S. 28, S. 448. Puchta, Pand. § 291; v. Salpius, a. a. O., S. 271. Unterholzer, Schuldverh., Bd. I, S. 628. Windscheid, Pand. Bd. II, S. 478. Die strengere Auffassung vertreten Donellus und Grotefend: Ein Beitr. z. Geschichte d. Novation bes. z. Verständnis d. 1. 8 Cod. de novationibus 1855, S. 272. Salkowski, a. a. O., S. 259. Sintenis, Ueber stillschweigende Novation (i. d. Zeitschr. f. Zivilr. und Prozeß 14, S. 135, (1836). Sintenis, Zivilr. Bd. II, § 105, S. 462. Vangerow, Pand. Bd. III, § 619, S. 367.

des Gläubigers enthalten. Doch ist, wenn auch v. Salpius [45]) bei der Novation die Konsumtions- und Satisfaktionswirkung unterscheidet, dieses nur eine theoretische Unterscheidung. Praktisch aber ist sie ohne Bedeutung. [46]) Unter satisfactio ist hier eine solutio im engeren Sinne verstanden, die als eine Art Sicherstellung aufgefaßt wird. Sie ist also der satisdatio verwandt. [47]) Die satisfactio ist mit der Konsumtionswirkung bei der Novation immer verbunden. Es kommt also die Satisfaktionswirkung der Novation nur in Betracht, wenn zu gleicher Zeit die Konsumtionswirkung herbeigeführt wird. Zu erwähnen wäre noch, daß die Konsumtionswirkung ipso iure eintritt und nicht erst mittels einer exceptio geltend gemacht zu werden braucht. [48])

Es ist auch noch die Ansicht verbreitet, [49]) wonach die Novation ein Surrogat der Zahlung sei, eine Art datio in solutum. Doch ist diese Auffassung nicht mit dem Wesen der Novation zu vereinbaren, denn bei der datio in solutum erhält der Gläubiger für seine Forderung eine Sache oder eine Forderung gegen den Dritten, also eine materielle Befriedigung. Anders bei der Novation: hier erhält der Gläubiger nur eine Forderung gegen seinen bisherigen Kontrahenten, also keine materielle Befriedigung. So sagt auch Merkel [50]) richtig, „aber während es bei der Novation auf die Befriedigung des Gläubigers nicht ankommt, liegt auf derselben bei der datio in solutum der Nachdruck (wie sich u. a. in der Haftung für Eviktion zeigt).“ [51])

§ 4.

Die Konsumtionswirkung der Novation im besonderen.

Hier wird zu untersuchen sein, in welchem Umfange sich die Konsumtionswirkung der Novation auf die der Hauptforderung anhängenden Privilegien und akzessorischen Rechte erstreckt.

---

[45]) v. Salpius, a. a. O., S. 195.

[46]) Salkowski, a. a. O., S. 270.

[47]) Vgl. Pringsheim, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 50, S. 389, 1930.

[48]) Dernburg, Pand. § 60. Windscheid, Pand. § 353; Salkowski, a. a. O. S. 268.

[49]) Donellus, con. jur. cif. 1. XV c. 20 Hannover, 1612 pag. 931 col. 2 in f; Rippentrop Corealobligation S. 269; Liebe, a. a. O., S. 156; Gneist, a. a. O., S. 146; Savigny, Obligationenrecht, 1. Bd., S. 165; Witte, in d. Krit. Vierteljahresschr. VI, S. 44 ff.

[50]) Merkel, a. a. O., S. 36.

[51]) Vgl. Windscheid, Pand. § 353, Anm. 2; ebenfalls v. Salpius, a. a. O., S. 196; Salkowski, a. a. O., S. 270.

Bezüglich des Schicksals der Privilegien gibt uns die Digestenstelle 1,29 D. de nov. et deleg. 46,2 Auskunft. Hier heißt es: „Perit privilegium dotis et tutelae si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur. Hieraus geht hervor, daß die Privilegien der alten untergehen und nicht auf die neue Forderung übergehen. Der Widerspruch der hierzu nach v. Salpius [52]) in 1. 17. pr. D. de rebus auct judicis 42,5 enthalten sein soll, ist durch Salkowski [53]) widerlegt worden, indem er zu der oben zitierten Stelle folgendes ausführt: „Es kommt bei dem Privilegium der Forderung wegen Begräbniskosten gar nicht darauf an, durch welche Klage sie geltend gemacht wird. Daher erfreut sich auch die Klage aus einer auf die Begräbniskosten gerichteten Stipulation desselben Privilegium, gleichviel ob die Stipulation eine accessorische oder eine novatorische war. Denn die funeris impensa bleibt ja immer die materielle Grundlage der Forderung, und es gilt hier der Satz: origo potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est. Nur wenn in der Stipulation ein Verzicht auf das Privilegium liegt, büßt es der Gläubiger ein."

Die Konsumtionswirkung der Novation beendet auch den Zinsenlauf. So Paulus 1. 18. h. t. 46, 2 Novatione legitime facta . . . . . usurae non currunt. Vgl. ebenfalls 1. 27. D. h. t. Es ist hierbei nicht von Wichtigkeit, ob die Zinsen in besonderer Stipulation ausbedungen waren, also unabhängig vom Hauptanspruch waren, oder ob sie nur einen Teil des Hauptanspruches bildeten. Die Beendigung des Zinslaufes hängt, wenn auch die Zinsforderung sich auf ein selbständiges Zinsversprechen stützte, damit zusammen, daß Zinsen doch stets nur Akzessorien des Hauptanspruches sind, und ohne den Hauptanspruch nicht bestehen können.

Soweit geht sogar die Konsumtionswirkung der Stipulation, daß auch die Poenalstipulationen und Poenalstrafen aufgehoben wurden. So sagt Julian 1. 15. D. h. t. „si creditor poenam stipulatus fuerat si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committitur stipulatio." Vor der Novavionsstipulation bereits fällig gewordene Zinsen, und ebenso die nach Eintritt des „dies" fällig gewordenen Poenalstipulation werden jedoch durch den Abschluß der nachfolgenden Novation nicht betrof-

---

[52]) v. Salpius, a. a. O., S. 206.
[53]) Salkowski, a. a. O., S. 281.

fen. Selbstverständlich wird auch der Lauf der Verzugszinsen durch die Novation beendet.

Eine weitere Wirkung der Novation ist die, daß das Pfandrecht untergeht. Dies beruht darauf, daß sowohl pignus wie auch hypoteca sich als ein akzessorisches Recht darstellen. Als Beweis dienen die Quellenstellen 1. 43. D. de solut. 46, 3; 1. 18 h. t.; 1. 11 § 1 de pign. 13. 7. Dieser Untergang wird auch in der Quellenstelle 1. 18 D. 46. 2 „novatione legitime facta liberantur hypothecae pignora . . . " ausgesprochen. Doch können die Parteien übereinkommen, daß das Pfandrecht fortbestehen solle. Denn in 1. 11 § 1 D. de pign. actione heißt es: „novata autem debiti obligatio pignus peremit nisi convenit, ut pignus repetatur." Falls die Parteien diese Vereinbarung treffen, besteht das Pfand fort und zwar mit dem Alter und Range von früher; allerdings nur unter der Voraussetzung, daß diese repetitio des Pfandrechts zugleich mit der Novation erfolgt.

Ebenfalls eine Folge der novatorischen Konsumtionswirkung ist die Befreiung der Bürgen und Mandatoren hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit. Dieser Wegfall der Haftung beruht ebenfalls auf ihrer akzessorischen Natur. Als Beweis kann 1. 4. C. de fideiius et mandat. 8. 40 herangezogen werden. „Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fidei iussores vel mandatores liberatos non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt." Berührt soll nur noch die Streitfrage werden, ob diese Wirkung der Novation ipso iure eintritt oder nur ope exceptionis. Hier soll kurz erwähnt werden, daß der Streit infolge einer Quellenstelle, in der Scaevola [54]) ausspricht, daß die Befreiung „aut iure aut exceptione" eintritt, entstanden ist. In der Literatur [55]) ist der Streit dahin entschieden worden, daß die befreiende Wirkung ipso iure eintritt.

Bezüglich der Wirkung der Novation auf die mora steht in der Literatur fest, daß diese aufgehoben wird. Zuletzt sei noch

---

[54]) 1. 60. D. fideiussu 46, 1.

[55]) Vgl. hierüber Cujacius in libr. 1. Scaev. Resp. (opp. fabr. tom. VI pars. 2 col. 225); Krüger, Prozessualische Konsumtion S. 94 ff. Fein im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 26, S. 397 ff. v. Salpius, a. a. O., S. 205; Salkowski, a. a. O., S. 314; als Quellenstellen, die hierfür sprechen, seien angeführt: I. 91 § 6 D. de verb. obl. 151 § 1 pr. D. h. t.; 1. 8. pr. D. h. t.; 1 29 § 1 D. 45. 1. Außerdem Kniep, a. a. O., S. 34; Römer, S. 142.

erwähnt, daß auch die dem Schuldner aus dem bisherigen Schuldverhältnis zustehenden Einreden durch die Novation wegfallen. [56])

§ 5.

Arten der Novation.

Wie schon im Anfang gesagt, und wie auch aus dem Ausgeführten hervorgeht, hatte die Novation im römischen Recht eine große Bedeutung, und ohne sie würde man im Wirtschaftsleben wohl kaum ausgekommen sein. Um dies noch näher zu beweisen, seien hier die Anwendungsgebiete der Novation angeführt. Die Römer unterschieden die Novation ohne Personenwechsel — novatio simplex — und die Novation mit Personenwechsel, sowohl auf der Gläubiger- wie auf der Schuldnerseite — novatio qualificata —.

1. Die Novation ohne Personenwechsel.

Welche Bedeutung die novatio simplex, obschon die Personen auf beiden Seiten dieselben bleiben, dennoch hat, geht schon aus dem hervor, was über die Wirkung der Novation im Vorhergehenden gesagt worden ist. Mittels der Novation konnte eine materielle Obligation in eine abstrakte umgewandelt werden. Für den Gläubiger war dies von der prozessualen Seite aus gesehen, eine große Erleichterung. In einem anhängigen Prozesse brauchte er die schuldbegründenden Tatsachen nicht mehr anzuführen und zu beweisen, vielmehr fiel seine Beweislast fort, da das Vorliegen des abstrakten Vertrages genügte. Es war Sache des Schuldners, das Nichtvorhandensein der schuldbegründenden Tatsachen zu beweisen. Als actio — stricti juris wurde bei der Stipulationsklage die Berücksichtigung der Billigkeit ausgeschlossen. Auch für den Schuldner war die Verwandlung einer materiellen Schuld in eine abstrakte insofern von Vorteil, als nunmehr eine festbestimmte Summe eingesetzt war, und auch Zinsen und andere Nebenleistungen der Gläubiger nicht mehr gefordert werden konnten.

Ein weiteres Anwendungsgebiet der novatio simplex war bei den Römern der Fall, daß eine Naturalschuld, der als solcher die Klagbarkeit fehlte, in eine klagbare Verpflichtung umge-

---

[56]) Arends, v. Arnsberg, Gesammelte zivilistische Schriften Bd. I, § 25. 1; Sintenis, Zivilrecht, Bd. II, § 53.

wandelt wurde. Da diese Naturalobligation im römischen Rechte sehr häufig vorkam, war die Möglichkeit, sie durch Novation in eine klagbare Obligation umzuwandeln, zur damaligen Zeit von nicht zu unterschätzender Wichtigkeit.

Die Novation bezweckte weiterhin die Herbeiführung der acceptilatio. Da diese aber nur bei Stipulationsforderungen zur Anwendung kam, so mußten die anderen Verbindlichkeiten erst durch die Novation umgeformt werden. Dies geschah später durch eine Formel, die eigens nach ihrem Erfinder, dem Praetor Aquilius Gallus die „stipulatio Aquiliana" genannt wurde. Die hierdurch in Stipulationsforderungen umgewandelten Obligationen konnten nun ungehindert durch die acceptilatio erlassen werden. Allerdings wurde vom Praetor das pactum de non petendo geschaffen, das mit allgemeiner Wirksamkeit ausgestattet war und somit der Umweg, über Novation durch die acceptilatio zum Schulderlaß zu kommen, nicht mehr nötig war.

Erwähnt sei nur noch, daß in der ältesten Zeit des römischen Rechtes nur bei Stipulationsschulden Bürgschaften in der Form der sponsio oder fide-promissio geleistet werden konnten. Bei anderen Schuldverhältnissen mußte man also, um dies Ziel zu erreichen, erst durch Novation die anderen Verbindlichkeiten in Literal- bezw. Verbalkontrakte umwandeln. Doch fiel auch hier der Umweg mit dem Aufkommen der fidei-iussio fort.

2. Die Novation mit Personenwechsel.

Wie hoch bei den Römern die Rechtswissenschaft entwickelt war, sagt uns die Existenz der novatio qualificata. Schon eingangs wurde erwähnt, daß bei den Römern das Festhalten an der Person bei der Obligatio die Hauptsache war; die Obligation selbst war ein Attribut. Dieses Gebundensein an die Person bei der obligatio war im römischen Recht streng durchgeführt. Eine Ausnahme war nur bei der Universalsukzession zugelassen, in der der Erbe vollständig in die Rechtsstellung des Erblassers eintrat. Dies läßt sich dadurch erklären, daß die Person des Verstorbenen gleichsam rechtlich in dem Erben fortbestand, und somit der Erbe auch aktiv und passiv in die Obligation eintrat. Im übrigen war ein Wechsel der Personen, ohne daß dadurch die obligatio selbst zerstört wurde, völlig ausgeschlossen. Eine gewisse Lockerung von diesem Grundsatze war nur hinsichtlich des Gläubigerwechsels darin zu erblicken, daß im späteren

Recht der Gläubiger den Anspruch auf seine Forderung gegen den Schuldner (die actio) auf einen anderen übertragen konnte.

Es soll nun zunächst die Novation und der Gläubigerwechsel, die sogenannte novatio interventu creditoris persona einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Hier läßt sich der neue Gläubiger D von dem Schuldner B das versprechen, was dieser seinem bisherigen Gläubiger schuldete. Quod Titio debes, mihi dare spondes? Der Schuldner B wird natürlich dies nur unter der Voraussetzung tun, daß er von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem früheren Gläubiger befreit wird. Man hat es also mit dem Erlöschen einer Forderung und ihrem Wiedererstehen in einer neuen Person zu tun. Daher spricht man auch, da der frühere Gläubiger A seinem Schuldner B hierbei anweist, sich dem D nunmehr zu verpflichten, von einer Aktivdelegation. Doch muß gesagt werden, daß die Delegation von der Novation streng zu unterscheiden ist. Die Delegation ist nicht, wie es vielfach vor v. Salpius vorkam, der besonders auf den Unterschied in seinem Werke „Novation und Delegation" hingewiesen hat, als eine Unterart der Novation anzusehen. Die Delegation kommt nur dann als Novation in Betracht, wenn es sich um eine „titulierte" Delegation handelt. Es muß stets eine obligatio vorliegen, wenn es sich bei der Delegation um Novation handeln soll. Denn „delegatio est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit" sagt die Definition von Ulpian.[57]) Die Delegation ist Zahlungsanweisung ohne Voraussetzung eines Debitums, d. h. ohne einer zu novierenden Obligation, ein Erfordernis, das die Novation direkt verlangt. Hieraus geht hervor, daß die Delegation nicht immer Novation ist, aber Novation sein kann, wenn sie auf ein bestimmtes Schuldverhältnis Bezug nimmt und auf ein promittere geht.[58]) Wenn nun Novation vorliegt, so ist es auch natürlich, daß die Wirkungen der Novation bei diesem Gläubigerwechsel sich bemerkbar machen. So kann z. B. der Schuldner sich nicht mehr auf die Einreden berufen, die sich aus dem Innenverhältnis des alten und neuen Schuldners ergeben.

Ein Wechsel der Personen auf der Schuldnerseite bei der Novation konnte sich auf zweierlei Art vollziehen. Einmal

---

[57]) Ulpian, l. 11 pr. D. 46. 2.

[58]) Vgl. Thöl, Das Handelsrecht, Bd. I, § 128 ff. Gide, a. a. O., S. 381. Brinz, Pand. S. 382. Windscheid, Pand. § 353, Not. 9.

konnte der alte Schuldner den neuen anweisen, nunmehr dem Gläubiger zu versprechen. Dies ist der Fall der sogenannten Passivdelegation. Doch ist dies nur unter Mitwirkung des Gläubigers ausführbar. Des weiteren konnte ein Dritter ohne Zustimmung des alten Schuldners novieren, ja sogar wider Willen des alten Schuldners konnte der Dritte in dessen Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger eintreten. So sagt Ulpian in 1. 8 § 5 D. 46. 2 liberat me is, qui, quod debeo promittit, etiamsi nolim. In diesem Falle spricht man von expromissio. Der expromissor heißt promissor in D. 46. 2. Er wird sonst zumeist als reus bezeichnet, und zwar (im Gegenteil zum expromissor) in den Fällen, in denen die expromissio in bester Ordnung ist, während vom expromissor gerade dann gesprochen wird, wenn die novierte Forderung eine bloße naturalis obligatio ist.[59]) Zu beachten ist, daß hier selbstverständlich nur die intercessio privata in Frage kommt. Nur bei dieser liegt Novation vor, nicht aber bei der sogenannten intercessio cumulativa, wobei Stipulation unmöglich ist, da hier ja der alte Schuldner noch neben dem neuen haftet.

3. Die bedingte Novation.

Zum Schluß des ersten Teiles der Arbeit soll noch kurz auf die bedingte Novation eingegangen werden. Wie jede Stipulation, so konnte auch die Novation unter einer Bedingung abgeschlossen werden. Sehr bestritten ist die Wirkung der Bedingung auf die posterior obligatio. Im wesentlichen gibt es hier in der gemeinrechtlichen Literatur zwei Meinungen:[60])

1. Die bedingte Novation macht die alte Obligation selbst zu einer bedingten, drückt dieser also als Bedingung das Gegenteil ihrer eigenen Bedingung auf.

2. Die bedingte Novation wirkt pedente condicione in keiner Weise auf die prior obligatio ein.

---

[59]) Vgl. Pringsheim, in Zeitschr. f. Savigny-Stiftung, Romanische Abteilung, Bd. 50, S. 358 ff. S. 365.

[60]) Kaden, Ein Beitrag zur Lehre der bedingten Novation in Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Roman. Abtlg., Bd. 44, S. 169.

Die erste Meinung wird vertreten von Donellus,[61]) Windscheid,[62]) Kniep,[63]) Salkowsky,[64]) und Puchta.[65]) Anhänger der zweiten Meinung dagegen sind: Römer,[66]) Enneccerus,[67]) Vangerow,[68]) Kübler.[69]) Von einschneidender Bedeutung für diese Streitfrage ist die Stelle in Gaius Inst, III 179. Hier heißt es: „Quod autem diximus, si condicio adiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem si condicio extiterit alioquin si defecerit, durat prior obligatio." Die Stelle soll besagen: fällt die Bedingung aus, so bleibt die prior obligatio weiterbestehen. So sagt auch Kaden[70]) bei der Auslegung dieser Stelle mit Recht: „Durat prior obligatio; dieses durare kann niemals etwa „wiederaufleben" bedeuten, sondern ist terminus technicus für fortdauern, fortbestehen." Daraus folgt, daß die prior obligatio auch pendente condicione unverändert geblieben ist. M. a. W., daß die posterior obligatio auf die prior obligatio pendente condicione nicht einwirkte. Denn, wenn während des Schwebens der Bedingung die prior obligatio verändert worden wäre, so könnte, nachdem der Ausfall der Bedingung feststeht und daher nicht noviert wird, der Jurist nicht sagen, daß die prior obligatio „durat" fortbesteht, sondern müßte sagen, daß die prior obligatio wieder auflebe, daß sie wieder in den Zustand versetzt werde, in dem sie vor der Novationsstipulation bestanden habe. Eben dasselbe sagen folgende Digestenstellen D. 12, 1, 36. Jav. 1. 1 epist. Non dubito quin mea pecunia . . . si condicio non exterit . . . credita esse p e r m a n e a t perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset. Ebenso D. 22, 1, 4, 1 i f Pap. 1, 27 quaest. Id enim quod non transfertur in causam novationis jure pristino peti potest.

---

[61]) Donellus, comm. ad. tit. Dig. de rebus creditis ad 1. 36 Op. Omnia, Bd. 10, 478.

[62]) Windscheid, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 2, 421. Windscheid, Kipp, Pand. § 354 n. 10.

[63]) Kniep, a. a. O., S. 15 ff.

[64]) Salkowsky, a. a. O., S. 441 ff.

[65]) Puchta, Inst. § 291.

[66]) Römer, a. a. O., S. 85.

[67]) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin.

[68]) Vangerow, Pand., 7. Aufl. Bd. III, S. 619.

[69]) Kübler, Besprechung d. Abhandlungen z. antiken Rechtsgeschichte, Festschr. f. Hanausek in Zeitschr. f. Savigny-Stiftung, Roman. Abtlg. Bd. 46, S. 387.

[70]) Kaden, a. a. O., S. 170.

Es steht daher fest, daß, falls die Bedingung eintritt, die erste Stipulation ungültig, die zweite dagegen gültig wird; des weiteren, daß keine Vorwirkung der bedingten Novation auf das ursprüngliche Schuldverhältnis stattfindet. Erwähnt sei hier, daß dies Kaden [71]) nur für die klassische Lehre zugibt, wohingegen nach justinianischem Recht die posterior obligatio pendente condicione auf die prior obligatio einwirkt. Kaden stützt sich hierbei auf D 12. 1. 36 Javolen. Hier heißt es cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus, me tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti. Der Satz soll besagen, daß durch die bedingte Novation die ursprüngliche in eine solche unter entgegengesetzter Bedingung umgewandelt werde. Um zu beweisen, daß dies aber nicht der Fall ist, wenigstens es aus dieser Stelle nicht geschlossen werden darf, wird auf die Besprechung „der Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschrift für Hanausek" von Kübler verwiesen. „Der Satz ist von Kaden für byzantinisch erklärt und Koschaker tritt dem bei. Aber der Satz ist durchaus richtig, wenn er nur unbefangen ausgelegt wird. Wird die novierende Stipulation unter der Bedingung geschlossen, si navis ex Asia venerit, so wird beim Eintritt der Bedingung die zweite Stipulation gültig, die erste ungültig. Kommt das Schiff nicht an, so bleibt die erste Obligation gültig (pecunia credita esse manet). Heute würden wir sagen, während die zweite Obligation suspensiv bedingt ist, ist die erste resolutiv bedingt geworden (B. G. B. § 2075). Für das römische Recht paßt diese Auffassung nicht, weil dort die Resolutivbedingung nicht als Bedingung angesehen wurde. Es liegt aber in dem angefochtenen Satze an und für sich gar nicht der Gedanke einer Vorwirkung der bedingten Novation auf das ursprüngliche Schuldverhältnis. Er wird erst durch das stillschweigende pactum de non petendo, das Koschaker [72]) selbst für eine Lehre der Klassiker hält, hineingelegt. Wenn also der Satz an und für sich richtig und einwandfrei ist, so liegt kein Grund vor, ihn für byzantinisch zu halten, zumal da er durch den ähnlichen von niemand angezweifelten Satz bei der ademptio legati gestützt wird. Gaius III 179 spricht ihn doch eigentlich mit dürren Worten aus: dicamus factam novationem, si con-

[71]) Kaden, a. a. O., S. 185. Kübler, in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Bd. 46, Roman. Abtlg., S. 387.

[72]) Koschaker, in Abhandlungen zur antiken Rechtsgeschichte, Festschr. f. Hanausek, S. 118—158.

dicio extiterit, alioquin si defecerit, durat prior obligatio. Kaden hat als einzigen Beweis für die Unechtheit vorgebracht, daß der Satz in den Basiliken steht und dort erörtert wird, wodurch aber gar nichts bewiesen wird.“ Wenn man sich diesen Erörterungen anschließt, muß anerkannt werden, daß aus dieser Stelle nicht gefolgert werden darf, daß eine Einwirkung der posterior obligatio pendente condicione zur justinianischen Zeit auf die prior obligatio stattfand. Doch muß man sagen, daß später die alte obligatio nach Abschluß einer novierenden bedingten Novation nicht mehr fortbestand, da die „Juristen, wie Kübler sagt, der sabinianischen Richtung im Beginn der Kaiserzeit annahmen, daß in der Novation ein pactum de non petendo enthalten sei, das dem Schuldner nach prätorischem Recht eine exceptio pacti gab.“ Von Marcellus wurde sogar behauptet, daß in der bedingten Novation der conditio furtiva eine purgatio morae enthalten sei, wonach der Dieb nicht mehr für casus haftet. Eben diese Wirkung trat ipso iure ein, nicht mehr auf Grund des exceptio. Als später der Unterschied zwischen ius civile und prätorischem Recht beseitigt wurde, trat die ipso iure Wirkung in die Materie der bedingten Novation ein. Es ist also festgestellt, daß zur Zeit des klassischen Rechts eine Vorwirkung der posterior obligatio auf die prior obligatio nicht stattfand, wohl aber zur Zeit des justinianischen Rechtes. Inwiefern die Einwirkung auf Bestand und Klagbarkeit der prior obligatio durch die posterior obligatio pendente condicione stattfand, soll hier nicht weiter untersucht werden, da es über den Rahmen der Arbeit hinausgeht. [73])

---

[73]) Vgl. besonders hierüber Kaden, Ein Beitrag zur Lehre der bedingten Novation in Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Roman. Abtlg. Bd. 44.

Zweiter Teil.

Die Schuldumwandlung nach dem B. G. B.

§ 6.

Die Stellung „der Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches“ zur Frage der Novation.

Aus dem bisherigen Teil der Arbeit über die Novation Gesagtem geht hervor, daß diese eine außerordentliche Bedeutung im römischen Recht gehabt hat. Ihrer praktischen Verwendung nach war sie geradezu unentbehrlich, diente sie doch in den verschiedensten Anwendungsformen dazu, eine Anzahl wirtschaftlicher Bedürfnisse zu befriedigen. Bedenkt man, was allgemein anerkannt ist, daß das römische Recht am vollkommensten im Obligationenrecht ausgebildet war, und daß unser heutiges Schuldrecht infolge der Reception fast ausnahmslos auf dem römischen Recht aufgebaut ist, so müßte doch eigentlich in unserem heutigen Recht ein Erlöschungsgrund für Forderungen und Schulden vorhanden sein, den wir mit der römischen Novation vergleichen können; zumal doch das heutige Wirtschaftsleben sicher so entwickelt ist, wie das des römischen Rechts. Wenn wir daher heute ohne die Novation auskommen können, so müssen sicherlich andere Rechtsinstitute geschaffen sein, mittels derer wir zum gleichen Ziele gelangen. Warum wir uns hierzu, ebenso wie die Römer, nicht der Novation bedienen, darüber geben uns die Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches Auskunft.[1]) Es heißt hier: „für die Nichtaufnahme von Bestimmungen über die Novation kommt in Betracht, daß dem Bedürfnisse, das zu der mittels Wechsels des Gläubigers oder Schuldners sich vollziehenden Novation führte, im wesentlichen durch die Vorschriften über die Zession und Schuldübernahme gedient wird.“ Weiter heißt es dann: „was diejenige

[1]) Motive z. Entw. eines Bürgerl. Gesetzb. Bd. II, S. 78 ff.

Novation anbelangt, bei der sich Gläubiger und Schuldner nicht ändern", ferner „auch hierfür wurde ein Ersatz für notwendig erachtet, welcher in der Vorschrift des § 364, Abs. 2 B. G. B. gegeben ist, wonach, wenn von den Parteien wirklich vereinbart worden ist, die alte Verbindlichkeit sollte aufgehoben und durch eine andere vollkommen ersetzt werden, hierin die Vereinbarung einer Hingabe an Erfüllungsstatt zu finden sein soll, indem für die Leistung, welche dem Gläubiger nach der alten Verbindlichkeit gebührt, das Recht auf die aus der neuen Verbindlichkeit entspringenden Leistung an Erfüllungsstatt eingeräumt und hingegeben erscheint." Nach diesen Ausführungen scheint also für die römisch-rechtliche Novation im heutigen Recht kein Platz mehr zu sein, da sie nicht mehr analog der römischen Novation im B. G. B. geregelt, sondern durch andere Rechtsinstitute ersetzt ist. Vor allem wird in dem Entwurf der § 364, Abs. 2 B. G. B. genannt, der dazu berufen ist, die Funktion der Novation zu übernehmen. Im übrigen spielt die Novation deshalb nicht mehr dieselbe Rolle wie im römischen Recht, weil wir den Wechsel und den Scheck haben, die zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers für eine bestehende Verbindlichkeit hingegeben werden. Doch wird es besonders Aufgabe des zweiten Teils der Arbeit sein, zu erforschen, inwiefern Schuldanerkenntnis, Schuldversprechen und Anweisung im B. G. B. analog der römischen Novation zur Schuldumwandlung benutzt werden. Ebenso wie im ersten Teil der Arbeit muß hier unterschieden werden zwischen einer Abänderung hinsichtlich des Inhaltes und der Person des Schuldverhältnisses.

§ 7.

Die Schuldumwandlung ohne Personenwechsel.

1. Die Abänderung des Inhaltes von Verträgen.

Betrachten wir zunächst, wie sich nach dem B. G. B. die Abänderung des Inhalts eines bestehenden Schuldverhältnisses vollzieht. Daß dies möglich ist, besagt der § 305 B. G. B. „zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft, sowie zur Aenderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." Wir sehen also, daß im heutigen Recht im Gegensatz zum römischen die Möglichkeit gegeben

ist, auf Grund der Vertragsfreiheit die Aenderung eines Schuldverhältnisses vorzunehmen, ohne daß die alte Obligation ihre Existenz verliert. Wir brauchen also heute nicht mehr den Umweg der Aufhebung und Neugründung zu wählen, sondern können auf direktem Wege durch einfachen Vertrag die Abänderung der Schuldverhältnisse erreichen. Daß hierbei nicht, wie im römischen Recht, durch die Novation die Akzession, wie Vorzugsrechte, Sicherheiten und Einreden erlöschen, kann nur als ein Vorteil angesehen werden. Denn, wenn die Parteien auch eine Aenderung vornehmen wollen, so sollen doch deswegen nicht die anderen Vorteile, die der ursprüngliche Vertrag ihnen bietet, verlustig gehen. So sagt auch Dernburg: [2]) „Wir können daher heute unzweifelhaft eine bestehende Forderung ohne Aufhebung ihrer Identität abändern, und in der Regel wird die Parteiabsicht dahin gehen, daß die Forderung nur unbeschadet ihrer Identität abgeändert werden soll." Wir sehen also, daß heute die Novation zur Aenderung eines Inhaltes von Schuldverhältnissen nicht mehr notwendig ist, und daß dieselbe durch die Bestimmung des § 305 B. G. B., wenn auch nicht juristisch, so doch wirtschaftlich annähernd ersetzt ist.

2. Der Erlaßvertrag.

Zum Abschluß eines Erlaßvertrages bedarf man heute nicht mehr, wie im römischen Recht, zur Herbeiführung der acceptilatio der Umwandlung des Schuldverhältnisses in eine bestimmte Vertragsart. Vielmehr regelt das B. G. B., indem es dem Prinzip der Vertragsfreiheit folgt, im § 397 B. G. B. den Schulderlaß. Es heißt hier: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger den Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht mehr bestehe." Der Erlaßvertrag ist losgelöst von dem Rechtsgrunde, er ist demnach ein abstrakter Vertrag. [3]) Er ist aber nicht notwendig abstrakt wie die acceptilatio. Denn der Erlaßvertrag kann bedingt sein; deshalb ist es auch möglich, ihn durch Bedingung von dem Vorhandensein seines Grundes abhängig zu machen. [4])

---

[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II, Teil 1, § 119, II, S. 269 ff.

[3]) Der abstrakte Vertrag wird noch besonders behandelt werden müssen. Siehe S. 27.

[4]) Enneccerus, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Buch 2, § 297, 3.

Im Gegensatz zu dem pactum de non petendo, bei dem nur eine Verpflichtung des Gläubigers bestand, die Forderung nicht geltend zu machen, bewirkt der Schulderlaß die Befreiung unmittelbar und selbständig. Zu erwähnen wäre noch, daß der Erlaß nach dem B. G. B. formfrei ist. Es muß auch hier festgestellt werden, daß das, was die Römer durch die Novation erreichen wollten, nach dem B. G. B. einfacher und praktischer bewerkstelligt wird und zur Erreichung eines Erlasses heute der Umweg über die Novation überflüssig ist.

3. Die Umwandlung einer Naturalschuld in eine klagbare Schuld.

Eine bedeutende Rolle spielt die Novation zum Zwecke der Umwandlung einer Naturalobligation in eine obligatio civiliter. Die Eigentümlichkeit der Naturalobligation bestand darin, daß eine Obligation bestand, die jedoch nicht klagbar war. Bevor wir nun prüfen, auf welche Weise im B. G. B. sich eine Umwandlung von Naturalschulden vollzieht, müssen wir feststellen, wie sich das B. G. B. zu der Naturalschuld stellt. Das B. G. B. hat den Begriff der natürlichen Verbindlichkeit als eine besondere Art von Obligation nicht aufgenommen. Wohl kommen auch im heutigen Recht klaglose Obligationen vor, die man nach dem römischen Vorbild Naturalobligationen nennt, doch gibt das Gesetz weder eine einheitliche Norm, noch eine technische Bezeichnung für dieselben. Da aber eine gewisse Aehnlichkeit mit der römischen Naturalobligation bei diesen Fällen vorhanden ist, soll untersucht werden, inwiefern hier die Novation vonnöten ist. Ebenso, wie bei den Römern, ist nach dem heutigen Recht eine verjährte Forderung noch vollständig klagbar. Lediglich hat der Schuldner — analog dem römischen Recht die praescriptio — die Einrede der Verjährung. Trotzdem kann auch im heutigen Recht der Schuldner, wie in Rom, auf die Einrede der Verjährung verzichten und es kann auch noch heute ein Novationsvertrag über einen verjährten Anspruch ebenso zustande kommen, wie auch das vertragsmäßige Anerkenntnis einer verjährten Schuld rechtsbeständig ist. Als Naturalschulden werden nach dem B. G. B. die Fälle des § 762 bis 764 und § 656 betrachtet. Doch dürfen diese klaglosen Obligationen nicht in klagbare umgewandelt werden. Ausdrücklich hat das B. G. B. in den §§ 762, Abs. 2, 656, Abs. 2 und 764, Abs. 2 verboten und

nicht gestattet, daß durch irgend ein Rechtsgeschäft die Unklagbarkeit dieser Verträge behoben wird. Im römischen Recht konnte allerdings eine obligatio naturalis mit Wirksamkeit noviert werden; doch da die oben erwähnten Verbindlichkeiten vom B. G. B. mißbilligt werden, so können derartige rechtsunverbindliche Verträge nicht durch eine Novation zu rechtsbeständigen gemacht werden. Denn es kann, wenn eine Verbindlichkeit als solche rechtsgültig nicht besteht, diese auch nicht noviert werden. Die Novation erfordert eine justa causa. Wenn daher jemand für eine den Gesetzen oder guten Sitten widerstreitende Handlung eine Summe versprochen wird, so ist das Versprechen nichtig und eine Novation ändert daran nichts, da sie auf einer turpis causa beruht.

4. Novation und abstrakte Verträge.

Vielfach wurde im römischen Recht die Novation dazu gebraucht, um kausale Verträge in abstrakte umzuwandeln. Die Vorteile, die ein abstrakter Vertrag gegenüber einem kausalen Vertrag hat, sind schon im ersten Teil der Arbeit gewürdigt worden. Es besteht daher sicherlich auch heute noch das Bedürfnis, einen kausalen Vertrag in einen abstrakten umzuwandeln. Bevor nun die Möglichkeit einer solchen Umwandlung betrachtet wird, muß kurz auf die Form des abstrakten Vertrages eingegangen werden. Bei den Römern war zur Zeit des klassischen Rechtes der abstrakte Vertrag in Form der Stipulation anerkannt worden. Doch geriet diese Stipulatio durch das Wegfallen des strikten Kontraktsformalismus mehr und mehr in Verfall, sodaß nach Justinians Bestimmungen aus einer cautio indiscreta überhaupt nicht mehr geklagt werden konnte. Durch l. 25. § 4 D. 22, 3 und c. 13 C. IV 30 wurde der cautio indiscreta die klagbegründende Beweiskraft versagt und damit der abstrakte Charakter der Novation abgeschwächt.[5]) Im Anschluß daran lehnte das gemeine Recht die abstrakten Verträge ab. Trotzdem gab es aber noch abstrakte Verträge, da man in der Praxis ohne sie auf die Dauer nicht auskommen konnte. Z. B. beim Wechsel und Inhaberpapier. So ist es vor allem Bähr durch sein Werk „die Anerkennung als Verpflichtungs-

---

[5]) Vgl. Riccobono, Stipulatio ed instrumentum vel Diritto guistimaneo in Zeitschr. f. Sav. Stift., Roman. Abtlg. Bd. 35, S. 214 ff. und Bd. 43, S. 262 ff.

grund" zu verdanken, daß dem abstrakten Vertrag die Bedeutung wieder zukam, wie er sie im älteren römischen Rechte gehabt hatte. Das B. G. B. hat auch den abstrakten Vertrag in den §§ 780 und 781 B. G. B. wieder aufgenommen. Der Vertrag ist abstrakt in dem Sinne, daß er eine selbständige von seinem Rechtsgrunde losgelöste Verbindlichkeit begründet. Trotzdem hat auch der abstrakte Vertrag einen Rechtsgrund. Nach Klingmüller [6]) geht der Gegensatz zwischen kausalen und abstrakten Geschäften dahin, daß bei ersteren der subjektiv-rechtliche Grund zum Geschäftsinhalt gehört, während er bei letzteren als rechtlich unerheblich ausgeschieden ist. Unter subjektiv-rechtlichen Gründen versteht er einen inneren psychologischen Vorgang. Dieses kommt aber nur in Betracht, soweit es rechtlich erheblich ist, d. h., soweit es sich bei der Vornahme eines Veräußerungs- oder Verpflichtungsgeschäftes in der Seele des Handelnden selbst auf diesen rechtlichen Zweck bezieht. Dieses Motiv braucht beim abstrakten Geschäft nicht vorhanden zu sein. Fest steht, daß es im heutigen B. G. B. abstrakte Verträge gibt. Es ist schon im ersten Teil der Arbeit gesagt worden, daß nur durch den abstrakten Vertrag eine Novation herbeigeführt werden konnte. Folglich müßte es auch im B. G. B. eine Novation geben. Doch ist dies sehr bestritten, da behauptet wird, [7]) daß wir im heutigen Recht wohl noch den abstrakten Vertrag, nicht aber die Stipulation mehr kennen, mit der im späteren römischen Rechte die Novation allein durchführbar war. Die Stipulation war zwar ein abstrakter Vertrag, brauchte es aber nicht zu sein. Sie war auch im Stande, den Inhalt eines konkreten Parteiwillens in sich aufzunehmen. Jedoch war sie stets ein formaler Vertrag. An letzterem klammern sich die Gegner. Es wäre also zu untersuchen, ob die Römer sich deswegen der Stipulation bedient haben, weil diese ein formeller Vertrag war. Geht man von der historischen Entwicklung des Rechtes aus, so muß man sagen, daß die Völker in der Frühzeit für alle Rechtsgeschäfte die Form verlangten. Von der Innehaltung der Form hing die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes ab. Das Willensmoment findet erst allmählich Berücksichtigung.

---

[6]) Klingmüller, Der Begriff der Rechtsgründe, in Studien zur Erläuterung des Bürgerl. Rechts, Heft 6, Breslau 1901, S. 117.

[7]) Gneist, a. a. O., S. 229; Gide, a. a. O., 9 ff. Förster, Preuß. Privatrecht, S. 767 ff.

So waren auch in Rom alle abstrakten Verträge zugleich formell, infolge der Eigentümlichkeit des römischen Kontraktsystems. Die Formlosigkeit ist keine wesentliche Eigenschaft des kausalen Vertrages. Ebenso ist es nicht erforderlich, daß ein abstrakter Vertrag eine bestimmte Form hat. Falls sich die Römer eines zur Novation dienlichen abstrakten Vertrages bedienen wollten, mußten sie bei ihrem geschlossenen Kontraktsystem notwendig auf die Stipulation verfallen, da ihre formlosen Verträge sämtlich kausal individualisiert waren. Die Römer konnten nur mit abstrakten formellen Verträgen novieren. Ebenso wie bei den Römern gibt es auch im heutigen Recht formelle und formlose Verträge, doch ist im Gegensatz zum römischen Recht die abstrakte und kausale Natur nicht in so inniger Weise mit den formell und formlosen Verträgen verknüpft.[8]) Folglich wären diese auch geeignet zum Novieren. Ebenso kennt unser heutiges Recht den formlosen abstrakten Vertrag. Es ist schon gesagt worden, daß die novierende Kraft der Stipulation in ihrer abstrakten Natur liegt. Daß man in Rom nur mit formellen Verträgen novierte, ist lediglich eine historische Erscheinung, aber kein wesentliches begriffliches Moment der Novation. Die Ansicht, daß die Novation heutzutage mit dem Wegfall der Stipulation oder wegen Mangel einer der Stipulation entsprechenden Vertragsform beseitigt sei, ist daher unbegründet.

a) Der Fall des § 364, Abs. 2 B. G. B.

Schon im Anfang des zweiten Teiles der Arbeit wurde zum Ausdruck gebracht, daß die Motive zum B. G. B. den § 364, Abs. 2 als Ersatz der novatio simplex bezeichnen. In § 364, Abs. 2 B. G. B. heißt es: „übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernimmt.“ Es gibt daher zwei Möglichkeiten: Einmal tritt die neue Forderung akzessorisch neben die erstere. Wenn dies der Fall ist, so scheidet sie für unsere Betrachtung ganz aus. Denn bei der Novation darf die prior obligatio nicht weiterbestehen. Tritt dagegen die Wirkung ein, daß die neue obligatio die alte nach dem Grundsatze der Hingabe an Erfüllungsstatt vollkommen aufheben soll, sich also der Gläubiger nur aus dieser befriedigen kann, so hat

[8]) Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis, Wechsel sind Formalverträge.

dieses mit der Novation verschiedenes gemeinsam. Hier wie dort wird durch einen Vertrag die alte Schuld zum Erlöschen gebracht. Ebenso treten die Wirkungen der Novation ein. Die alten Sicherheiten, wie Bürgen, Mitschuldner usw. werden frei. Dies hat auch dazu geführt, daß einige Juristen in diesem Paragraphen die Novation geregelt sehen wollten.[9]) Doch kann dies nicht als richtig anerkannt werden; denn hier bei der Leistung an Erfüllungsstatt fehlt ein wesentlicher Punkt der Novation, die Uebertragung des debitum der alten in die neue obligatio. Schon im ersten Teil der Arbeit wurde gesagt, daß dies zum Wesen der Novation gehört und daß es ohne Uebertragung des debitum keine echte Novation gibt. So wendet sich auch Dernburg[10]) gegen den Windscheid'schen Standpunkt,[11]) „daß das durch die Novation geschaffene Forderungsrecht nicht bloß der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderer sei. Von diesem Standpunkte aus müßte es auch Novation sein, wenn an Stelle des Pachtvertrages ein Kaufgeschäft gesetzt würde, oder ein Depositum in ein Kommodat umgewandelt würde. Und doch sei dies nicht der Fall, weil es sich in derartigen Fällen um Kreditverhältnisse von anderer Substanz handele." Altes und neues Schuldverhältnis haben nichts Gemeinsames miteinander im Gegensatz zu der Novation. Hier setzt sich das alte Kreditverhältnis fort und nur ein Aequivalent für die alte Obligation wird gegeben. Wenn nun trotz dieses Unterschiedes von Novation und Leistung an Erfüllungsstatt in den Motiven von dem § 364, Abs. 2 B.G.B. als einem Ersatz der Novation gesprochen wird, so muß hierfür doch ein Grund maßgebend sein. Einmal kann man von Ersatz der Novation in dem Sinne reden, als heute dem Parteiwillen, um die Tilgung eines alten Schuldverhältnisses und die Gewinnung eines neuen zu erreichen, eine promissio in solutum voll und ganz genügen würde. Des weiteren steht aber dem nichts entgegen, daß auch heute noch die Parteien einen Vertrag schließen, der dieselbe Wirkung hat, wie die römisch-rechtliche Novation. So sagt Oertmann:[12]) „Denkbar ist es aber trotz alledem auch in Zukunft, daß die Parteien im neuen Versprechen

---

[9]) So Endemann, Lehrb. d. Bürgerl. R., Bd. I, S. 367. Scheerer, Recht d. Schulverh. d. B. G. B. f. d. Deutsche Reich, S. 234.

[10]) Dernburg, Bürgerl. Recht, II. § 59.

[11]) Windscheid, Pand. § 59, Anm. 2.

[12]) Oertmann, Recht d. Schuldverh. II. Bd. 1928, S. 362.

einen Schuldumwandlungsakt nach Art der Novation wollen.[13]) Sie können dies tun, indem sie die zwei Akte des Erlasses der alten und des abstrakten Versprechens der neuen Schuld in eine kausale Verknüpfung bringen." Heranzuziehen wäre hier noch die Meinung von Matthias:[14]) „Fraglich ist es aber, ob nicht unter dem Grundsatze der Vertragsfreiheit in diesen wie in allen anderen Fällen, die Parteien die Schulderneuerung (es wird hiermit die Novation gemeint), wählen können. Man hat gesagt,[15]) eine derartige Abrede der Parteien müsse dahingehend getroffen werden, daß zunächst das alte Schuldverhältnis durch Erlaßvertrag § 397 B. G. B. beseitigt und durch abstraktes Schuldversprechen (§ 780 B. G. B. ein neues an seine Stelle gesetzt werde. Es ist aber nicht einzusehen, warum nicht dem Parteiwillen direkte Wirkung zukommen soll. Es ist somit nachgewiesen, daß auch heute noch die römische Novation vorkommen kann. Es muß aber festgestellt werden, wie schon gesagt ist, daß die Parteien heute einfacher zu dem Ziele durch den § 364, Abs. 2 B. G. B. d. h. also durch constitutum debiti gelangen.

b) Der Fall des § 607, Abs. 2 B. G. B.

Der § 607, Abs. 2 B. G. B. besagt: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sache als Darlehen geschuldet werden sollen." Ueber die rechtliche Konstruktion einer derartigen Vereinbarung hat stets Streit geherrscht. In der Hauptsache sind in der Literatur drei Ansichten vertreten. Einmal ist es möglich, daß durch die genannte Vereinbarung das übliche Darlehen begründet wird,[16]) das sich nur durch die Art und Weise der Begründung von dem regulären Darlehnsvertrag unterscheidet. Des weiteren kann die Verein-

---

[13]) Vgl. auch R. G. v. 18. 5. 1903, J. W. 32, S. 96, v. 27. 1. 1907, Seuff. Arch. Nr. 62, 202, S. 351. O. L. G. Hamburg v. 7. 11. 1908; Hans. G. Z. 09, Nr. 83.

[14]) Matthiaß, Lehrb. d. Bürgerl. R., S. 448.

[15]) Stammler, Studien z. B. G. B., S. 231 ff.

[16]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatr., Bd. II, § 312, S. 8. Bürgerl. R. Bd. II § 234 IV. Endemann, a. a. O., § 184, Anm. 10 und § 143, Anm. 18/19. Windscheid, a. a. O., § 354, Anm. 2.

barung nach § 607, Abs. 2 B. G. B. die Bedeutung haben,[17]) daß das Geschuldete sich in Zukunft nach den gesetzlichen Vorschriften über das Darlehen zu richten hat, und der Gläubiger das Darlehen als Klagegrund angeben darf. Es sollen dann aber die Sicherheiten der alten Obligation nicht frei werden, und der Gläubiger soll die Möglichkeit haben, auf die alte Schuld zurückzugreifen. Schließlich besagt noch eine dritte Auslegung, daß die Vereinbarung ein abstraktes Versprechen erzeugt und folglich Novation sein kann.[18]) Man sollte annehmen, daß der Darlehensvertrag doch sicherlich kein abstrakter Vertrag ist, da er doch durchaus materiell charakterisiert ist. Doch ist hierfür der Wille der Parteien maßgebend. Die Parteien können vereinbaren, daß eine vollständige Tilgung der alten Schuld erfolgen soll durch Begründung einer neuen Darlehensschuld. Das prius debitum soll in Zukunft geschuldet werden, ohne daß man auf seinen ursprünglichen Schuldgrund zurückzugehen braucht. Ebenfalls können die Parteien ihre Absicht darauf richten, daß bei der Umwandlung die mit der alten Obligation verbundenen akzessorischen Rechte untergehen sollen. Allerdings darf man sich hier nicht an das Wort „Darlehen" stoßen. Wenn die Parteien auch von einem Darlehen reden, so wollen sie doch in Wirklichkeit ein abstraktes Rechtsgeschäft abschließen. Sie gebrauchen den Ausdruck Darlehen nur, weil es ihnen einleuchtender ist, daß etwas Darlehen geschuldet wird, als aus einem Schuldversprechen, das die Verpflichtung schon in sich enthält. Der Name des Darlehens muß also als eine bloße Umschreibung für ein abstraktes Schuldverhältnis angesehen werden. Doch muß betont werden, daß es ganz auf den Willen der Parteien ankommt. Diese müssen bei der Umwandlung auch den animus novandi haben. Wird die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts zum Vergleich herangezogen, so muß festgestellt werden, daß hier der Standpunkt vertreten wurde, daß bei der Umwandlung der Schuld in ein Darlehen ein abstraktes Versprechen

---

[17]) Rümelin, Zur Lehre von dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des B. G. B. im Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 97, S. 258, 309; Fischer-Henle, Das Bürgerl. Gesetzb. Anm. zu § 607, 2. Klemperer, Bürgerliches Gesetzbuch, § 607, Abs. 2. In Gruch. Beitr. 1899, Bd. 43, S. 571.

[18]) Vgl. hierüber die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, § 62, S. 279 und im Gegenentwurf zum B. G. B. § 443; Dernburg, B. G. B. Bd. II, § 234, 4; Unger in Jherings Jahrb., Bd. VIII, S. 185; Matthiaß, a. a. O., S. 579; Oertmann, a. a. O., § 607, Abs. 2 B. G. B. Anm. 2.

vorliegt. So sagt Bähr: [19]) „Wenn jemand sage, er habe so und so viel Geld als Darlehen empfangen, so hieße dies nichts anderes, als er solle so und soviel schuldig sein. Der Wille, sich zu verpflichten, sei hier das Hauptmoment der verpflichtenden Kraft des Anerkennungsvertrages. Das Wort „Darlehen" sei ohne Bedeutung. Denn in ein Darlehen könne eine bestehende Schuld ebensowenig verwandelt werden, als irgend eine andere materielle Schuld. Man habe es daher stets mit einem abstrakten Versprechen zu tun." Ist dies der Fall, so liegt Novation vor, doch muß hier beachtet werden, daß dann die Formvorschriften für das abstrakte Schuldversprechen §§ 780, 782 B. G. B. gewahrt sein müssen. Die Abmachung muß also schriftlich erfolgen. Somit ist festgestellt worden, daß heute die sogenannte Darlehensform zur Novation dienlich sein kann.

c) Der Fall des § 780, 781 B. G. B.

Wenn hier das Schuldversprechen § 780 B. G. B. und das Schuldanerkenntnis § 781 B. G. B. zugleich behandelt werden, so geschieht dies aus dem Gesichtspunkt heraus, daß der Unterschied zwischen beiden im Grunde genommen nur rein äußerlicher Art ist. Der Schuldner verspricht beim Schuldversprechen eine bestimmte Leistung zu machen, während er beim Schuldanerkenntnis anerkennt, eine bestimmte Leistung machen zu müssen. Dieser Unterschied wird im Verkehr wenig beachtet. Deshalb erweist sich auch eine verschiedene Behandlung bei den beiden als untunlich. In diesem Sinne sprechen sich auch die Motive zum B. G. B. aus: [20]) „Es ist unmöglich, solch feine Unterschiede in der Ausdrucksweise bei einer für den Verkehr so wichtigen Materie zu machen, ohne daß dadurch die größten Uebelstände für den Verkehr herbeigeführt werden. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis sind als abstrakte Verträge anzusehen, da sie eine selbständige von ihrem Rechtsgrunde losgelöste Verbindlichkeit begründen. Betont muß noch werden, daß die Parteien auch wirklich eine abstrakte Verbindlichkeit begründen wollen, und nicht vereinbaren, daß durch Schuldanerkenntnis bezw. durch Schuldversprechen eine Beweisurkunde geschaffen sein soll. [21]) Wird nun eine kausale Schuld in eine

[19]) Bähr, § 62, S. 279 ff.

[20]) Motive zum B. G. B. § 690.

[21]) Vgl. Warneyer, Komm. z. B. G. B., Aufl. 1928, § 780, S. 1063; ferner R. G. v. 10. 10. 04 in Gruch. Beitr. z. B. G. B., Bd. 49, S. 883.

abstrakte umgewandelt, so kann man von einer Art Novation sprechen; doch muß hier unterschieden werden, welche Stellung die alte Schuld im Schuldversprechen bezw. Schuldanerkenntnis einnimmt. Einmal kann es benutzt werden, um zu einer bestehenden materiellen Schuld noch eine abstrakte Schuld hinzuzufügen; man spricht dann von der akzessorischen Natur des Schuldversprechens bezw. Schuldanerkenntnisses. Des weiteren kann ein Vertrag nach §§ 780, 781 B. G. B. in der Weise von den Parteien abgeschlossen werden, daß das alte Schuldverhältnis durch die Neubegründung aufgehoben und zum Erlöschen gebracht wird und der Anspruch sich nur auf den neuen Verpflichtungsgrund stützt. Der Vertrag hat dann novatorische Wirkung. Doch ist analog dem § 364, Abs. 2 B. G. B. anzunehmen, daß wenn die Parteien nicht ausdrücklich die Ansicht äußern, eine Novation vornehmen zu wollen, der neue Vertrag nur akzessorisch neben den alten tritt, insofern, als der Schuldner, falls er verklagt wird, auf die causa des Grundgeschäftes zurückgreifen kann. Wollen die Parteien aber wirklich, daß Novation eintritt, so muß nach §§ 780, 781 B. G. B. Schriftform vorliegen. Die Schriftform erstreckt sich nur auf die schriftliche Erteilung des Versprechens bezw. Anerkenntnisses, nicht auf die Annahme. Von praktischer Bedeutung ist dies bei der Hingabe eines Orderpapieres. Es kann dies eine Novation sein, wenn das Papier an Erfüllungsstatt gegeben wird. Wird es aber, wie es meistens der Fall ist, zahlungshalber gegeben, so ist das Papier in diesem Falle ein Zahlungsmittel. Es entsteht keine neue obligatio, daher liegt dann keine Novation vor. Immer wieder muß betont werden, daß Novation durch einen abstrakten Vertrag erzielt werden kann.

d) Die Abrechnung.

Die Abrechnung stellt sich dar als ein Vertrag, in dem der eine Teil anerkennt oder bekennt, dem anderen Teile nach gepflogener Abrechnung noch einen Saldo zu schulden, während der einzelne Berechnungsposten nicht erwähnt wird. Es handelt sich also um ein Schuldanerkenntnis nach § 781 B. G. B. Erwähnt sei, daß hierzu die Schriftform nicht nötig ist. (§ 782 B.G.B.).

Bei der Untersuchung, ob in der Abrechnung eine Novation zu erblicken ist, stößt man in der Literatur auf drei Meinungen.

Die erste Ansicht lehnt es ab, in der Abrechnung eine Novation zu sehen. [22]) Die zweite Ansicht ist die, daß zwar in der Abrechnung eine Novation vorliegen kann, aber ihre Vertreter streiten darüber, ob für oder gegen den Novationswillen zu vermuten sei. [23]) Endlich sieht die dritte Ansicht in der Abrechnung den reinsten Fall der Novation. Streit herrscht nur darüber, in welchem Akte des Abrechnungsvertrages sich die Novation vollzieht. [24]) Man muß zwei Arten der Abrechnung unterscheiden. Einmal kann auf der Aktiv- und Passivseite nur ein Verrechnungsposten stehen, sodann können auf beiden Seiten mehrere Verrechnungsposten sich befinden. Steht auf beiden Seiten nur ein Posten, so werden durch die Abrechnung die Forderungen miteinander aufgerechnet. Bleibt nun ein Restposten auf der einen Seite, und wird dieser anerkannt, so ist dies ein Schuldanerkenntnis. Wie im vorigen Kapitel gezeigt worden ist, kann dann Novation vorliegen, wenn nur die Parteien den animus novandi haben.

Anders, wenn auf beiden Seiten mehrere Kredit- und Passivposten sich befinden. Werden diese Posten addiert, so ergeben sich Abschlußposten, sogenannte Salden. Teilen die Parteien sich gegenseitig die Salden mit, so kann dies bedeuten, daß sie sich über den augenblicklichen Stand ihrer Forderungen orientieren wollen oder es können zwei Anträge sein zum Abschluß zweier Anerkenntnisverträge. In diesem Falle soll der eine dem anderen nur noch den Abschlußposten, den sogenannten Saldo schulden. Werden die Anträge von den Parteien angenommen, so liegt notwendig Novation vor. So auch Regelsberger: [25]) „Die Parteien wollen in solchen Fällen ihr Gedächtnis nicht weiter mit dem einzelnen Posten beschweren, an die Stelle der mannigfaltigen Obligationenverhältnisse ein einfaches setzen und damit die Sicherheit und die Unbequemlichkeit für die Zukunft abschneiden.“ Da nun auch die einzelnen Posten, um mit Ulpian zu sprechen, die priora debita vorhanden sind, der Saldo selbst sich aber als obligatio in quam priora debita transfusa atque translata sunt, darstellt und der Novationswille, wie Regelsber-

---

[22]) Rießler, Gutachten f. d. 18. Deutschen Juristentag S. 13, Seuff. Arch. Bd. 24, S. 260. Merkel, Der römisch-rechtl. Begriff der Novation, S. 132.

[23]) Staub, Komm. z. H. G. B., 12. Aufl., § 355, Anm. 2, 27.

[24]) Bähr, a. a. O., § 56. Kuntze, a. a. O., S. 254. Regelsberger, Die rechtl. Natur d. Abrechnungsgeschäftes, im Arch. f. Ziv. Prax., Bd. 47, S. 153, 177.

[25]) Regelsberger, Jherings Jahrb. Bd. 46, S. 174.

ger sagt, in der Natur des Abrechnungsgeschäftes liegt, so muß notwendig Novation vorliegen. Es muß daher festgestellt werden, daß, wenn die Parteien abrechnen, d. h. die alten Schulden tilgen wollen, Novation in der Bildung der Abschlußsumme durch Anerkenntnis vorliegt.[26])

§ 8.

Die Novation mit Personenwechsel.

1. Die Novation mit Wechsel der Gläubigerseite.

Wie schon im ersten Teil der Arbeit gesagt wurde, war es im römischen Recht nicht gestattet, bei der obligatio eine Aenderung der Vertragsparteien ohne weiteres vorzunehmen. Die persönliche Haftung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger gehörte zum Wesen der römischen obligatio. Anders die deutschrechtliche Auffassung von der obligatio. Das deutsche Recht legte das Hauptgewicht weniger auf den persönlichen als auf den rechtlichen Inhalt der obligatio. Die Forderung war objektiviert. Das Ziel nach der deutsch-rechtlichen Auffassung war die Leistung bei der obligatio. Diese Gegensätze machten sich bei der Rezeption des römischen Rechtes bemerkbar, doch wurde der Streit dahin entschieden, daß die deutsch-rechtliche Auffassung durchdrang und auch im B. G. B. Aufnahme fand. So sagt der § 398 B. G. B., eine Forderung kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Mit dem Abschluß des Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Die Uebertragung findet formlos durch abstrakten Vertrag statt.[27]) Die Forderung geht, so wie sie ist, auf den neuen Gläubiger über. Die Nebenrechte und Sicherungen bleiben bestehen (§ 401 B. G. B.). Desgleichen kann sich der Schuldner der Einwendungen bedienen, die er gegen den früheren Gläubiger hatte (§ 404 B. G. B.). Dagegen kann der Schuldner aus dem Innenverhältnis der beiden Gläubiger keine Einwendungen herleiten. Desgleichen bedarf es zur Gültigkeit der Zession nicht einer Mitteilung des bisherigen Gläubigers an den Schuldner. Nach den Motiven[28]) zum B. G. B.

---

[26]) Die Abrechnung im Kontokorrentverkehr soll hier nicht behandelt werden; doch soll nur gesagt werden, daß Streit darüber herrscht, ob durch das Anerkenntnis novatorische Wirkung erzielt wird.

[27]) Ausnahmen §§ 1154, 873 B. G. B. Bei Uebertragung von Wechsel § 792. B. G. B.

[28]) Motive z. B. G. B. Bd. II, S. 78.

soll die Zession die Novation im Gläubigerwechsel ersetzt haben. Doch geht aus dem bisher über die Zession Gesagten klar hervor, daß juristische Zession und Novation ganz verschiedene Institute sind. Bei der Zession bleibt trotz des Gläubigerwechsels die alte Schuld dieselbe, wohingegen bei der Novation die alte Schuld aufgehoben wurde. Bei der Novation bedurfte es, um eine Aenderung der Gläubiger herbeizuführen, notwendig der Mitwirkung des Schuldners als Vertragspartei, während bei der Zession dies nicht möglich ist. Trotz der juristischen Verschiedenheit dieser beiden Institute kann man doch von einem wirtschaftlichen Ersetzen sprechen, da beide als Ziel haben, Ermöglichung der Forderungsübertragung mit Personenwechsel. Der Zession kommt insofern noch eine größere Bedeutung zu als der Novation, als bei der Zession die Sicherungen und Vorzugsrechte der alten Forderung erhalten bleiben. Ebenso kann sich der Schuldner der alten Einwendungen noch bedienen. Diese Vorteile gab es bei der römischen Novation nicht. Wollen aber die Parteien, daß diese Vorteile untergehen sollen, so können sie es gemäß dem Prinzipe der Vertragsfreiheit sofort erreichen. Es muß also festgestellt werden, daß die Novation mit Gläubigerwechsel juristisch nicht durch die Zession ersetzt ist. Doch ist wirtschaftlich die Novation vollkommen durch die Zession ersetzt, da durch diese einfacher und besser das erreicht werden kann, wozu sich die Römer der Novation bedienten.

2. Die Novation mit Personenwechsel auf der Schuldnerseite.

Noch strenger war die römische Auffassung von der Unlösbarkeit des Personenbandes bei der obligatio auf der Schuldnerseite. Daher war es auch bei der Rezeption des römischen Rechtes sehr schwer, daß die Auffassung durchdrang, daß auch ohne Novation ein Schuldnerwechsel bei der obligatio stattfinden könne. Zum ersten Male findet sich diese Auffassung in der Expromission des Pr. A. L. R., T. XIV, §§ 339 ff. Es ist das Verdienst Delbrücks,[29]) daß man einen Wechsel der Schuldner unter Aufrechterhaltung der Identität der obligatio anerkannt

[29]) Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Recht. Hier weist Delbrück auf die Teilung der Schuld in Aktiv- und Passivvermögen hin. Er behandelte somit die Schuld ebenso wie die Forderung als eine Sache und machte sie verkehrsfähig. Das Geschäft, durch das diese Uebertragung der Schuld vor sich ging, nennt er Schuldübernahme.

hat. So sagt Windscheid: [30]) „Das heutige Recht erkennt an, daß durch Vertrag an Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer unter Aufrechterhaltung der Identität der Obligation gesetzt werden kann. Die Lehre von der Schuldübernahme ist auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen. So kann ein Dritter entweder durch Vertrag mit dem Gläubiger an die Stelle des früheren Schuldners in die alte Schuld mit oder gegen den Willen des bisherigen Schuldners treten (§ 414 B. G. B.), oder durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner, der der Mitteilung an den Gläubiger unter Genehmigung durch diesen bedarf. Abgeschlossen wird die Schuldübernahme durch formlosen abstrakten Vertrag. Die Wirkungen der Schuldübernahme sind — durch die Schuldübernahme den bisherigen Schuldner frei zu machen. Dem neuen Schuldner stehen aber alle Einwendungen gegen den Gläubiger zu, die der frühere Schuldner dem Gläubiger gegenüber hatte (§ 417 B. G. B.). Die Nebenrechte des Gläubigers bleiben erhalten, doch werden die Pfänder und Bürgen durch die Schuldübernahme frei, wenn der Eigentümer der verpfändeten Sache oder der Bürge nicht in die Schuldübernahme einwilligen. (§ 418 B. G. B.) Die Schuldübernahme hat mit der römischen Novation mit Schuldnerwechsel gemein, daß an die Stelle der bisherigen Haftung des Altschuldners und altschuldnerischen Vermögens die Haftung des Neuschuldners tritt. [31]) Bei der Schuldübernahme aber sukcediert der Uebernehmer in die Schuld des Altschuldners, sodaß die Schuld nicht untergeht, sondern auf den Uebernehmer übergeht, während bei der römischen Obligation die prior obligatio durch eine nova obligatio ersetzt wird. Ebenso besteht ein Unterschied zwischen beiden insofern, als bei der Novation die Einreden und Nebenrechte untergehen, während bei der Schuldübernahme in der Regel die Akzessorien bestehen bleiben. Sollten diese im römischen Recht bestehen bleiben, so mußten diese Nebenrechte extra stipuliert werden. Es kann daher auch hier wieder gesagt werden, daß durch die Schuldübernahme wirtschaftlich die Novation vollkommen ersetzt ist.

---

[30]) Windscheid, a. a. O., § 338, S. 399.

[31]) Strohal, Schuldübernahme in Jherings Jahrb. Bd. 57, S. 389 und Schuldpflicht und Haftung in Bindings Festgabe 1913, 3. Abschn. S. 107.

Schluß.

Die Ausführungen der Arbeit haben ergeben, daß der Novation im römischen Recht eine große Bedeutung zukam. Für die Römer war dieses Rechtsinstitut unumgänglich notwendig, um die verschiedenen Veränderungen des Schuldverhältnisses herbeizuführen. Unser heutiges B. G. B. hat die römische Novation nicht geregelt. Doch geht aus dem in der Arbeit Gesagtem hervor, daß diese wirtschaftlich durch entsprechende Vorschriften des B. G. B. vollständig ersetzt worden ist. Infolge des Prinzips der Vertragsfreiheit ist es sogar möglich, daß die Parteien einen der römischen Novation analogen Vertrag schließen; doch muß gesagt werden, daß heute mit Hilfe der in der Arbeit angeführten Rechtsverhältnisse auf direktem Wege das leicht erreicht werden kann, wozu sich die Römer des Umweges der Auflösung und Neubegründung (Novation) bedienen mußten.

Lebenslauf.

Als Sohn des Gastwirtes Bernhard Ahlers und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Sieland wurde ich am 1. November 1901 zu Münster i. W. geboren. Ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Ostern 1922 absolvierte ich das Städtische Realgymnasium zu Münster. Nach zweijähriger Banklehre widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft in Münster und München und bestand am 17. und 19. April 1929 mein Referendarexamen beim Oberlandesgericht in Hamm.

Bernhard Ahlers.